IO. CHRISTOPH. HARTVNGII, D.

DE

ASTV IVRE NON IMPROBATO

Von

Zugelaſſener Liſt und Ranck

DISSERTATIO IVRIDICA.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

EDITIO SECVNDA.

IENAE

LITTERIS IO. FRIDERICI RITTERI, 1724.

Digitized by Google

Digitized by Google

I. N. J.

PROOEMIUM.

DUo ſunt, quæ veram non ſimulatam Philoſophiam affectanti maxime incumbunt: Legum interpretatio, & applicatio. Illa non tam verba Legis, quam ejus genuinam mentem, cauſasque attendit & perſcrutatur. Hæc, iſta generalia occurrentium factorum ſpeciebus accommodat, circumſtantiis non minus legitime quam prudenter exploratis. Neutra harum ſine altera quicquam, ſed ambæ ſimul, utramque faciunt in Jure paginam. Exemplum exhibet materia de *Aſtu, jure non improbato*, ſeu dolo quodam licito. Nimirum, dari Aſtum talem, nemo negare poteſt ob effectum quotidianum, qui præſupponit ſemper cauſam; & dari dolum quoque licitum, nemo ignorat, niſi, qui omnia in Jure. Hinc Aſtus ſive doli liciti demonſtratio, quatenus cum dolo bono convenit, per ea, quæ habentur in Jure, eſt expedita. Verum, quam ſterilis & jejuna ſit hæc ſola interpretatio, utique videt ille, qui uno oculo ſpeculativam, altero practicam contemplatur Juris ſcientiam. Nam, quemadmodum non ſatis eſt dixiſſe: dolum licitum (bonum) eſſe ſolertiam laudabilem, maxime ſi adverſus hoſtem, latronemve quis machinetur, uti habetur *in l. 1. §. 3. de Dolo Malo*. Ita quoque haud ſufficiet adduxiſſe exemplum illud quod eſt in *l. 26. de*

Digitized by Google

Captiv. & Poſtlim. reverſ. ubi quidam ſeſe dolo hoſtibus ſubduxerat. Utpote, cum iſthic extremo quaſi digito, & velut in transcurſu res tangatur; hic vero de reverſione alicujus, *dolone an vi evaſerit?* ſaltem agatur. E quibus nihil minus, quam in quo conſiſtat dolus licitus & Aſtus jure non improbatus, oſtenditur. Veruntamen, cum nihilominus in Jure noſtro ſit, & deprehendatur ejusmodi ſolertia, qua mediante commodum proprium inſigniter augeri, nequicquam tamen Jus alterius læſum, vel fraus Legi facta, dici poſſit, quod Germani efferunt: **Er hat es erpracticiret, mit Practicken ſo weit gebracht**; Hinc conſilium mihi, vires ingenii periclitari ita, ut in ejusmodi *Aſtus* naturam & conſtitutionem inquirendo, juſtitiam ejus & effectum per quasdam factorum ſpecies *πρὸς ἐπιβάλλον μέρος* demonſtrem. Ante quæ omnia tamen ex *l. 144. de R. J.* moneo: *Non omne quod licet, honeſtum eſſe.* Et, (ubi opus) eam rem factu impoſſibilem putari debere, quæ ſine læſæ conſcientiæ macula fieri non poteſt.

Cap. I.

An detur? 1. Quid ſit? per Ονοματολ. *2. 3. 4. Definit. 5. Definit. Explicat. 6. Differ. 7.*

Th. 1.

FUndatum eſſe *Aſtum Jure non improbatum* in noſtro Jure, nullum plane eſt dubium, *arg. Rubr. de Dolo Malo.* Verum, quænam proprie ſint illæ factorum ſpecies, quæ illorum natura, quæque firmæ ſedes? illud adeo expeditum non eſt. Ut plurimum tamen ejus juſtitiam peti poſſe arbitror ex *l. 24. ff. quæ in fraud. Creditor.* ubi jura vigilantibus ſcripta eſſe dicuntur *l. 77. §. 31. de Legat.* 2. in qua dolo non facere dicitur is, qui fraudem excludit. *l. 55. de R. I. l.* 129. *l. 1. §. 11. 12. ff. de Aqu. & aqu. pluv. arcend.*

Th. 2.

Th. 2.

Ipſum vocabulum *Aſtus* apud Græcos natum eſſe creditur. Nam, ut *Schardius in Lex. Jurid.* vult, illud ductum eſt ab ἄςυ oppido, in quo qui aſſidue verſati ſunt, *cauti atque acuti* viſi fuerunt. Confundi tamen τὸ *Aſtu* indeclin. cum ſubſtant. *Aſtus, us*, & in una eademque ſignificatione pro *calliditate* utrumque vocabulum adhiberi, inter legendum non raro deprehenditur.

Th. 3.

Hinc diſcernenda veniunt τὸ *Aſtu* urbs, qua apud Græcos κατ᾽ ἐξοχὴν *Athenæ*, apud Latinos *Roma*, apud JCtos tam *Roma l. 1. ff. ad Leg. Jul. de Amb. l. 7. §. 15. ff. de Interd. & Relig.* quam Conſtantinopolis. *§. fin. Inſt. de Satisdat.* indigitantur. Deinde *aſtus* a. um. i. e. callidus, cautus, quo ſenſu Comicus ait: *Soror mea eſt ſtupida, ſine animo aſto.* Denique *Aſtus us*, i. e. ſolers ratio quædam in omni re, Calliditas. Et eſt vocabulum ἐκ τῶν μέσων quod cum in bonam tum malam partem pro ratione rei atque finis applicatur, & in varios atque innumeros fere ſignificatus ſeſe diffundit. Dicitur enim *Aſtus* de *ingenioſitate*, qua ratione *Barclajus* pro more ſuo admodum eleganter ſcribit: *Florentibus Græcia rebus, quid ad humanitatem aut* aſtum *illis gentibus defuiſſe exiſtimes? Ic. Anim. c. 2. p. m. 57.* Dicitur de ſolertia circa artem mechanicam excellenter talem *ibid. p. 58.* Dicitur denique apud eundem *c. 10. p. 315.* de ſolertia circa componendas res civiles & militares. Miratur enim ibi *veterum prudentiam atque aſtus.* Quos interpretatur *Buchnerus* iſto loco: Practicken, & addit, quod iſta vox *tam Germanica quàm Latina non ad culpam ſolum, verum etiam ad laudem poſſit uſurpari.* *Ad laudem videl. quando uſui eſt Reip. nec incommodum affert.* Atque hactenus enarratas acceptiones non aſpernantur quoque Scriptores Latini elegantiores; utpote, quorum puritas & Majeſtas Barclajo dudum in mores abierunt. In Jure noſtro vocis *Aſtus* indago aliquantum eſt altior, & tanto difficilior, quanto rarius iſta vox occurrit. In *Nov. 90. c. 3. fin.* invenitur: *Si vero aſtu apparuerint malignantes &c.* quod tamen non aliam quam malitiæ, aſtutiæ, doli

 mali,

Digitized by Google

mali, admittit interpretationem. Et vix in noſtro Jure erit locus, ubi vox *Aſtus* eam, quam intendo, vel uſus recepit, recipiat ſignificationem. Quid ergo? Scilicet Aſtus eſt quædam ſolertia, calliditas, ingenioſitas circa Leges applicandas, quam, ſi per Cauſas & Factorum Species in Jure eſſe oſtendero, ſatis erit, licet vox in hoc ſenſu non extet. Cæterum, quemadmodum Aſtus alius eſt Jure improbatus, alius non item: ita de priori nullus eſt ſermo, licet cognito poſteriori, ſimul quoque intelligatur in quonam conſiſtat prior. uti alias loquitur Imperator. *princ. Inſt. qui ſui vel al. jur. ſunt.* Verbum (phraſis L. 1. V. S.) *Jure non improbato* innuit quandam conniventiam non approbando in totum, ita tamen, ut hoc ipſo præſcindatur a Jure Conceſſivo; utpote cujus ſunt beneficia v. gr. *SB. Maced. Vellej. Excuſſionis, Ordinis &c.* quæ a Jure conceſſa dicuntur; Deinde ſubtili quadam ratione a Jure permiſſivo, quod immunitatem ſaltem a pœna præſtat, interim ipſum factum non concedit. Cujusmodi exemplum eſt in fure nocturno, quem interficere permiſſum quidem eſt, ſed non conceſſum. Denique notari meretur differentia inter *non improbatum* moraliter tale & Civiliter. Nam, ut *Cicero lib. de Off. 3.* ait: Aliter Philoſophi hic verſantur, aliter Leges. Leges, quatenus manu tenere res poſſunt: Philoſophi, quatenus ratione & intelligentia.

Th. 4.

Loco Synonymi interdum reperitur vox Fallacia *l. 26. de Captiv. & Poſtlim. reverſ.* Non item Fallimentum, utpote quod eſt bancæ ruptio, unde bancæ ruptores. (*Gall. Banqueroutiers*) de quo vid. *Salgad. de Somoz. Labyr. Credit. concurr. & l. 17. §. 1. ff. quæ in fraud. Cred.* Apud Germanos vox eſt: Ein Griff, geſchwinder Ranck, It. Fund, quod admodum eleganter exprimit *Barclajus Icon. An. c. 2.* quando hominis habitum & naturam contemplaturus inquit: *Quæ artium ſublimitas, quodve calliditatis ingenium* (i. e. inventum, ſolers ratio. *Buchn. d. l.*) *non eſt in hoc ſapientiæ penetrali reconditum?* Utuntur quoque Germani voce Gallica: *Pratiques*, Praſticken Partiten, unde Parſticken, Partiten-Macher, quod nomen vulgus

evo-

evomit in Jurium peritos & Advocatos, qui tamen non modo laudabili, vitæque hominum valde neceſſario officio funguntur, *l. 4. pr. C. de Advoc. div. judicum.* Et non minus *humano generi provident, quam ſi præliis atque vulneribus patriam parentesque ſalvarent*, dicente Imp. Leone *l. 14. C. de Adv. div. judicior.* Sed etiam Sacerdotes juſtitiæ, *in l. §. 1. ff. de I. I.* & Amici Principis *l. 17. de jur. Patronat.* appellantur.

Th. 5.

Eſt ergo *Actus jure non improbatus*, ſolers quædam ratio ſeu ſolertia verſandi circa Leges, ut citra alieni Juris violationem & fraudem Legi factam, commodum proprium parari, jus quæſitum ſervari, & ſcopus propoſitus felicius obtineri poſſit.

Th. 6.

Genus ex deſcriptione doli boni deſumſi. Nam veteres dolum bonum *pro ſolertia laudabili accipiebant, maxime, ſi adverſus hoſtem latronemve, quis machinetur l. 1. §. 3. de Dol. Mal.* Et accipitur ſolertia tam in bonam quam in malam partem, unde Ulpianus in explicatione doli boni τὸ *laudabile* adjicit. Alias illa eſt quædam in omni re prudentia, induſtria, perſpicacia, ingeniique acumen. de quo vid. *Sebard. in Lex.* Hoc autem loco ſaltem in Legum Civilium interpretatione, earundemque applicatione ſubſiſtit.

Th. 7.

Quocirca, dum in deſcriptione dico: *verſandi circa Leges*, hoc ipſo excludo omnia illa facta quæ dolo quodam bono, & reſpective, aſtu licito, excuſari poſſunt. Inprimis autem I. Theologica, v. gr. illud Jacobi, *Gen. 30. v. 37.* baculos diverſicolores ſub aqua reponentis, ut pecus laſciviens ſuper iſta viſione conciperet. Et Iſraelitarum, contractum commodati cum Ægyptiis, eorumque vaſis argenteis (nunquam ſc. redditis) ſecundum Etymologiam Mutui celebrantium. *Nam mutuum appellatum eſt, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. princ. Inſt. Quib. mod. re contrab. obl.* II. Politica, v. gr. Salomonis, infantem, quoad proprietatem inter duas fœminas litigioſam, gladio dividi jubentis. Itemque notabile illud

Prin-

Principis Italici, qui, cum edictum ſub pœna ſuſpendii, ob clandeſtinam ferarum capturam propoſuiſſet, & edicto hocce tamen ſæpius violato, poſtmodum ipſi nulla videretur eſſe proportio inter vitam hominis & feræ beſtiæ; hoc inveniebat conſilii: Scilicet miſerum quendam, qui alias capitis pœnam promeruerat patibulo ſuſpendi, ſimulque lepores, cornua cervi &c. appendi jubebat, quaſi ob horum capturam ſuplicium ab eo eſſet ſumptum. Quo exemplo poſtea ſubditi a clandeſtina venatione deterrebantur, vid. *Beſſel. Fabr. Fortunæ c. 37. late.* III. Stratagemata, eorumque Affinia, quorum quædam ex vetuſtis ſcriptoribus excerpta habet *Grotius I. B. & P. l. 3. c. 1. §. 8.* Cui add. *Cic. lib. Off.* de Q. Fabeo Labeone It. *Clapm. de Arcan. Rerump. paſſim.* Quanquam (quod obiter moneo) hæcce ſtratagemata inter dolos ſeu aſtus licitos non recipere videtur *Tacitus*, Putat enim contra officium viri fortiſſimi & bellatoris honeſti eſſe fraude & occultis machinationibus vincere. Quod tamen cum grano ſalis accipiendum eſt. Vel enim ejusmodi ſtratagematibus fides data frangitur, vel non. Si frangitur res clara eſt. Si non, cur ſint illicita non video. Facit huc Auctoritas Sacri Cod. *& l. 26. de Captiv. & Poſtlim. reverſ.* Ratio autem cur hoſce dolos ſeu aſtus a meo propoſito alienos eſſe velim, eſt, quia partim illorum juſtitia ex alio fonte eſt deducenda, partim vero multitudo & rerum varietas, quæ teſte Imperatore *§. 2. Inſt. de I. & I.* deterret, metuenda foret. Sequitur ergo

CAP. II.

Exhibens

Conſtitutionem Aſtus Iure non improbati per cauſas.

Th. 1.

Effectrix cauſa Remota eſt Jus Juſtinianeum, Feudale, Canonicum, Saxon. &c. Nam jus eſt cauſa efficiens generalis eorum omnium, quæ fiunt legitime *Weſenb. Com. Inſt.*

Juſt. de obl. n. 2. Sed an jus Nat. & Gent. quoque? Non niſi reſpective. Illud enim non diſponit aut præſcribit quid in unoquoque actu obſervari, quid omitti debeat & liceat; quomodo per hunc iſtumque contractum ſibi alios, ſeque aliis quis obligare poſſit. Hæc vero actiones hominum reſpicit ſaltem ſecundum communem rerum uſum & applauſum. Hinc juris Nat. eſt: vitam fortunasque ſuas quibuscunque modis ſartas tectas & ab in vaſione tutas conſervare; cum tamen hoſte appropinquante pateos & aquas doloſe veneno inficere minime liceat. Ratio, quia moratiorum populorum uſus & applauſus hocce reſpuit. Cauſa propinqua eſt vel Legis omnimoda reticentia, dum nihil de iſta re in ullam partem conſtitutum reperitur. Vel Salus publ., ob quam ſcil. quædam per conniventiam permittuntur, non approbando; Aut etiam commiſſio uniuscujusque pudori & honeſtati. Quo facit *l.* 144. *de R. I.* Scilicet (v. gr.) permiſſum eſt a Jure Civ. creditori poſt biennium agere ex chirographo, licet pecuniæ ſummam debitori nunquam numeraverit, ita, ut debitor exceptionem privilegiatam *non numerata pecunia* opponere nequeat, ſed, ſi ſe pecuniam non accepiſſe, probare non poteſt, condemnatur. E contrario, ſi debitor intra biennium conventus perfricte negat, ſe aliquid accepiſſe, & creditor numerationem probare nequit, debitor iſte abſolvitur. Quo tamen remedio honeſtatis amantes viri non abutuntur. dicente *Magnif. Dn. Petr. Müller. P.* 2. *Diſp.* 11. *ad Reg. Iur.* 144. *Notab.* 2.

Th. 2.

Materia ſubjectiva ſunt Legum ſcientes *arg. §.* 3. *Inſt. proœm. verb. quorum omnium ſolert.* & maxime, qui quotidiano judiciorum uſu in ipſis rerum documentis verſantur. *§. pen. I. de Satisdat.* Sive autem hi per ſe, ſive per alios. *arg. l.* 1. *§. fin. ſi menſor falſ mod. dix. l.* 6. *§.* 1. *ff. quod quisque Univ. nom.* Hinc incidenter quæro: An mandatarius ſeu Procurator, qui a mandante dolum licitum præſcriptum habet, in illo autem adhibendo impingit, ut ſcopo, cauſaque cadat, ideo tenea-

tur mandanti? Affirmativa magis placet. per *l. 5. ff. Mandat.* Et quia Commmiſſarius alias commiſſionis formam & tenorem diligenter inſpicere, ejusque verba ad unguem ſervare debet. *Rutg. Rulant. de Commiſſ. l. 3. c. 2. n. 3.* ita, ut non peccetur nec in forma, nec qualitate. *ibid. n.* 14. add. quoque *lib.* 1. *c. 26. n. 7.*

Th. 3.

Materia Objectiva, circa quam Aſtus Jure non improbati occupantur, ſunt omnes illæ res & obligationes, circa quas a Jure & Legibus in ſenſu vel Ajente vel Negante aliquid, vel plane nihil, diſpoſitum invenitur. In hisce enim rebus ita agere, & ita verſari debet ſolertia ſeu providentia, ut, quod rigoroſe prohibitum eſt, per alterius & diverſi Juris uſurpationem, aliquo modo licitum reddatur, quod nimis laxe indultum, aliquam eius reſtringatur, & denique, quod tanquam indifferens permiſſum, in optimam partem accommodari poſſit.

Th. 4.

Forma ſeu eſſentia conſiſtit in eo, ut citra alieni Juris violationem, & fraudem Legis, factum quid dicatur. Nimirum adeſſe debet læſio quædam, ad minimum apparens, quæ tamen in fraudem Tertii, vel Legis facta dici nec debet, nec poteſt, propter jus videl. quo utitur ille, qui aſtum non improbatum adhibet. Hinc, ſi horum requiſitorum unum deeſt, non aderit quoque dolus vel aſtus licitus, ſed malus. Quia contra naturalem æquitatem eſt, aliquem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem *l. 206. de R. I.* Quo pertinet illud *Ciceronis*, qui *aliquid alteri detrahere, & hominem hominis incommodo ſuum augere commodum, magis contra naturam, quam mortem, quam paupertatem, quam dolorem &c.* eſſe ſcribit *lib. de Off.* 3. At vero, iſte demum cum alterius detrimento fit locupletior, qui ex mente *Pauli* id facit, quod facere jus non habet *l. 151. de R. I. ſcilicet.* Veluti, cum quis debitor concurſu creditorum imminente, tertio cuidam, cui

nihil

nihil debet, hypothecam aliquam conſtituat ſimulate, ita, ut declinato & ſopito Creditorum impetu poſtea iſtam hypothecam recipiat. Hinc & hoc factum revocatur. *l. 1. §. 2. ff. Quæ in fraud. Cred.* Fraus autem Legi, vel in fraudem legis quid fit, quando, quod lex fieri noluit, fieri tamen non vetuit id fit. *l. 29. l. 30. ff. de Leg.* Cujusmodi exemplum eſt in Merito, qui animum vendendi non habet, & tamen, ut donaret uxori, venditionem comminiſcitur contra *l. 1. ff. Don. int. Vir. & Uxor.* Pertinet huc iſta Palinodia æquivoca: ich habe dich eine Hure geſcholten, das iſt wahr; du biſt aber keine, ich habe gelogen.

Th. 5.

Finis dictu non eſt difficilis; Cum ipſum Jus Nat. omnia animalia & inter hæc præcipue hominem docuerit, ut ſuis commodis invigilet, ſibique magis quam alteri bene beateque velit. Quocirca ab omnibus Legibus ſaltem cautum eſt, ne cupiditas hæc in aliorum fortunas ſe extendat. Specialiter autem Finis eſt Conſervatio ſui Juris, commodum parandum, & Scopus felicius obtinendus. Sed commodum late patet, & quidem duplici reſpectu. Priori, quando etiam voluptatem & jucunditatem aliquam importat, qua ratione impenſæ in res voluptuarias a Muliere factæ, in commodum & uſum Uxoris erogatæ cenſentur, per *arg. l. 3. §. 4. De In Rem Verſ. Magnif. Dn. Struv. Ex. 21. th. 11.* Poſteriori, quando ille dicitur factus locupletior, cujus conditio non facta fuit deterior. *l. 47. ff. de Solut.* Pertinet quoque huc lucrum ceſſans, quod non raro pro damno reputatur. *l. 2. l. 3. §. fin. ff. quod certo loc.*

Th. 6.

Effectus pro re nata varius eſt, ut plurimum tamen Jus vel in Re vel ad Rem, & inde actio conveniens. Alias, cum Juris Quæſiti conſervatio præ cæteris intentetur, ejus quoque Spes non erit fruſtranea.

Th. 7.

Affinia ſunt dolus bonus, Fraus pia, quando nimirum in re honeſta aliud ſimulatur, aliud agitur. Quo in caſu commendari meretur illud Caroli Magni *ab Andr. de Iſernia* apud Schard. commendatum. *Is, cum intellexiſſet, patrem & filium accuſatos de maleficio, nolle aliquid etiam adhibitis quæſtioni-nibus confiteri, probato, quod alter eorum vere homicidium perpetra-verat, juſſit ambos ſuſpendi, Ideo pater, cum jam ad ſupplicium ducti, videret nullam redemptionis ſpem, delictum faſſus eſt, & filium ita liberavit.* Sed horum exemplorum hodierna praxi nihil eſt fœcundius; Quam multi enim ſunt prætextus? quam multæ glaucomatum ſpecies?

Th. 8.

Contraria ſunt: Calumnia, quando quis ſciens & ex dolo iniuſte agit vid. *l. 1. §. 2. ff. ſi mul. ventr. nom. in poſſ.* Vel, quando Jus ſcriptum ejusque apices contra mentem Imperatoris pervertuntur. Nam injuriæ quoque exiſtunt calumnia quadam, & nimis callida & malitioſa Juris interpretatione. *Cic. lib. Off. 1. ibique Dn. Sam. Rachel. p.* 89. 90.

Th. 9.

Tandem huc transferri poteſt quæſtio, non, An fallere liceat? uti vulgo iſta effertur a Doctoribus, &, h. l. inanis eſt; ſed An quis per conſcientiam ejusmodi aſtu hactenus deſcripto, & Cap. 3. enarrando, uti poſſit? De qua quidem Controverſia certi nihil habeo; Sed tamen pro Affirmativa facere videntur quæ pro aſſerenda Uſucapione, itemque SCto Maced. afferuntur *a Magnif. Dn. Struv.* Ita enim inquit *Ex.* 43. *θ.* 42. *Cum dominii acquiſitio, conſervatio & amiſſio non ipſo juris Nat. præſcripto determinata ſit, &c. Ideo eum, qui bona ſecundum Legem Civilem de Dominii acquiſitione & adjectione quam Jus Naturæ non probibet, ex juſtis rationibus latam, ita acquirit, in conſcientia quoque eſſe tutum, recte dicimus.* Et de SCto Maced. *Ex.* 20. *θ.* 54. *Hinc licet maneat naturalis obligatio, quia tamen Lex*

Civ.

Digitized by Google

Civ. quam debebat fœnerator obſervare, vim denegat & effectum, tutus quoque in conſcientia eſt, qui hoc SCto utitur. Quibus tamen, cum forte non cuivis ſufficientia videri poſſint, adjicio expreſſum textum in *Epiſt. ad Rom. c.* 13. *v.* 15. ubi dicitur: quod debeamus obedire Magiſtratui non ſolum ob pœnam, ſed etiam ob conſcientiam, διὰ τὴν συνείδησιν. *Secularis enim poteſtas* dicente *B. Luthero* ad iſtum locum, *eſt propter publicam tranquillitatem, hinc poteſtati iſti obſequi debet conſcientia ex debito amore.* Jam vero, ſi ob conſcientiam ſartam tectamque conſervandam obſtricti ſumus ad præſtandum id, quod Leges jubent, cur non etiam uti licebit eo, quod eædem Leges permittunt? Accedit juramentum quod unusquisque ſubditorum Regi, Principi & Reipubl. præſtare tenetur, ſc ſcil. Leges Reipubl. ſancte obſervare velle. Ex intermiſſione autem obſervantiæ, quæ fons & ſcaturigo hujus Actus eſt, quid aliud ſequeretur, quam violatio juramenti? Hinc firma manet conſequentia, non ſolum ſalva conſcientia Actus jure non improbato uti licere, ſed & inſuper ad iſtum adhibendum nos compelli. Verum, pro Negativa ſententia militare videntur quæ in materia de Abſolutione a Juramento paſſim a Dd. hinc & inde ventilantur. Scilicet, quod, quemadmodum nullo Jure quis cogitur præſtare juramentum promiſſorium ſic in noſtro caſu nemo quoque invitus compellatur ad utendum Actu licito ſed uniuscujusque arbitrio liberrima poteſtas & licentia relinquatur. Deinde, quemadmodum clarum eſt, Legem Civilem actus alicujus, qui ſemota ejusmodi Lege civili exitum haberet, obligationem interdum impedire, effectuque privare: ita e contrario dici non poteſt, quod obligatio, hactenus ſaltem propter rationes politicas impedita, in totum ſublata ſit; Utpote, cum Lex Civil. extra ſuos terminos, & ultra id, quod eſt civile, nihil operari poſſit. Et (ut obiter hoc addam) quemadmodum Lex Civil. imo ipſe Deus furtum, Adulterium, tanquam actus propter intrinſecam conſtitutionem per ſe turpes, nequaquam reddere poteſt actus honeſtos: ita quoque Lex Civil. in totum nullatenus removere & perimere poterit id,

 quod

Digitized by Google

quod ſemel naturaliter contractum eſt, licet vim & effe-ctum deneget obligationi. Hinc, quousque manet naturalis obligatio & damnum, eo usque etiam actus licitos quoad Conſcientiam illicitos eſſe dico. Ex quo apparet ſimul, quasdam dari facti ſpecies quæ ſimpliciter per Conſcientiam ſunt licitæ, quasdam vero non item.

Cap. III.

Continens

Factorum Species.

I.

PRima fronte colloco exhæredationem, quæ modo fulmen paternum, modo coërcitio juvenilis pravitatis appellata, jam per ſolertem providentiam in commodum, ſubſidium, & ſolatium filiorum, e contrario vero creditorum fraudem & injuriam licite adhibetur. Fitque hoc potiſſimum in filiis debitoribus, qui ſive caſuum fortuitorum, belli, incendii &c. violentia, ſive proprio vitio bona & facultates ſuas decoxerunt, & inutili prodegerunt luxu. Hos enim, ſi concurſu creditorum imminente, vel parentes inſtituunt in legitima, (ſive aliquid loco legitimæ, ut inſuper actione ad ſupplementum opus ſit, relinquunt:) Vel eorum liberos hæredes ſcribunt, fit, ut creditores hiſce bonis, quorum ſpe & reſpectu plus fidei habuerunt debitori filio, defraudentur, & tamen; de quo conqueri jure poſſint, non habeant. Praxis hodierna horum exemplorum haud indigens eſt, ut proinde allegationibus Textuum & Dd. merito ſuperſedeam. Pro omnibus poteſt dicere Carpzov. *quod teſtamentum favorem filii concernens, valeat, etiamſi legitima titulo Inſtitutionis non ſit relicta. Part.* 3. *Conſt.* 9. *Def.* 11. Alias quorundam locorum obſervantia eſt, ut liberi, etiamſi ſe non immiſceant hæreditati paternæ, nihilominus æs alienum patris ſolvere teneantur. Cui remedium rurſus inventum eſt, ut ſcil. pater

pater ex hæredet liberos, quo facto Creditorum Jus in liberos evaneſcit. *Conf. Linkii Diſſertat. de Exhared. bona mente th. 19.*

II. Species.

Secunda ſpecies in acquirendo commodo conſiſtit, cujusmodi non mediocrem ſpem concipere poteſt is, qui Unionem Prolium ex diverſis matrimoniis meditatur, & inſtituit. Iſtam enim Unionem hodienum in Germania non modo frequentem, verum etiam in ipſa Camera Imperiali comprobatam eſſe dicit *Gail. 2. Obſ.* 125. approbante *Georg. Franzk. l. 2. Reſol.* 28. *n.* 1. Quamvis autem iſta non, niſi Auctoritate Judicis Competentis & conſenſu Tutorum vel Curatorum vel Conſanguineorum interveniente, procedere poſſit, ne ſcil. ſine æſtimatione, an utile, proficuumque liberis pariandis ſit? ad iſtam temere proſiliatur: Minime tamen per hujusmodi ſolennitates effici poteſt, vt facultas pro lubitu teſtandi, parenti vel adimatur, vel ita conſtringatur, ut parens teſtaturus liberos pariatos præciſe æqualiter inſtituere, neque vero ſuis propriis liberis, in quos affectus naturaliter eſt vehementior, melius proſpicere teneatur. Hinc conſequens, eum propriis liberis plus, cæteris minus pro lubitu relinquere poſſe. Rationem Juris hujus dat modo Laud. *Franzk. d. l. n. 6. 8. Quod per Unionem directo non agatur de ſucceſſione, ſed ſaltim pariatione liberorum, ut ſinguli pro veris liberis habeantur, ac ſi ex uno matrimonio nati eſſent, & conſequenter ſeſe ad ſucceſſionem tanquam alioquin inter naturales & legitimos ſit, æqualiter habeant. Qua de cauſa, ſicut non obſtante jure liberorum ab inteſtato ſuccedendi, parentes poſſunt teſtari, & inæqualiter Salva Legitima liberis relinquere: ita & idem merito iisdem præſuppoſitis hujusmodi pactis, licitum eſſe debet.* Et quamvis huic imminenti malo medicina parari poſſe videatur ex Adjectione pacti; Ut hæreditas poſt mortem parentum inter liberos æqualiter diſtribui, & iſta diſtributio ſine ulla deminutione fieri debeat: iſti tamen pacto idem evenit, quod iis, quæ ſunt circa ſubſtantialia, & contra Jura, quæ pro non adjectis cen-

Digitized by Google

cenſentur. *Magnif. Dn. Struv. Jpr. Germ. de Pact.* per eundem *Franzk. d. l. Ampliat.* 1. 2. *& cit. Gilk. de Præſcript. c.* 3. *n.* 99. Notanda tamen & bene obſervanda in hac ipſa praxi hæc cautela, ne ejusmodi aſtutus captatoriam ſuam voluntatem ſeu dolum manifeſtet, ſed defraudationem & præjudicium liberorum unitorum intra mediocritatis limites conſiſtere faciat. Læſio enim quæ non eſt enormis, toleratur *l.* 4. *ff. de in integr. reſtit. l.* 9. §. *fin. ff. de Dol. Mal. l.* 54. *ff. Contrah. Empt.* Add. *Magnif. Dn. Müller, Jprud. Element. Diſp.* 11. *th.* 19. *n.* 3.

III. Species.

Huic praxi annecto aliam, forte adeo non diſſimilem, in caſu ſcil. Teſtamenti Reciproci revocandi. Qui caſus profecto campus eſt, in quo illuſtria ingenia mire ſe exercuerunt. Brocardicum autem, & extra omnem dubitationis aleam eſt: omne Teſtamentum poſſe revocari: Idque propter naturam & intrinſecam hujus actus conſtitutionem, qui eam conditionem ſortitur, ut ſit revocabilis *l.* 1. *C. S. S. Eccleſ. l.* 32. §. 3. *Donat. int. Vir. & Ux.* Quod in tantum verum eſt, ut, etiamſi quis juraverit, ſe nolle Teſtamentum revocare, nihilominus tamen illud licite revocare poſſit. *Ludwell. Ex.* 7. *th.* 3. *l. f. Mynſ. Cent.* 1. *Obſ.* 8. *num.* 11. *Magnif. Dn. Struv. Synt. Jur. Civ. Exerc.* 32. *th.* 3. & ibi allegati. Ratio eſt, quia ejusmodi juramentum ſequitur naturam actus, qui hoc loco eſt revocabilis. Et hinc evidens eſt, etiam Reciprocum ſeu Correſpectivum Conjugum Teſtamentum a Parte ſuperſtite poſſe revocari. An id autem pro parte? An in ſolidum? Acriter de hoc diſputatum eſt inter Doctores vid. *Job. Del. Caſtil. quotid. Controv. c. in n.* 19. *& Alvar. Valaſc. Conſult.* 7. Sed prior ſententia non modo in jure, verum etiam in praxi triumphat. Quocirca dubitari non debet, quin etiam ſupevivens, teſtamentum reciprocum revocare poſſit in illo caſu, ubi illud in favorem tertii alicujus, vel utriusque cognatorum, vel defuncti, factum eſt, v. gr. Ut, ſi maritus prior decedat, cognati ipſius

ipſius non modo ſua, verum etiam uxoris omnia bona: (poſt ejus mortem) capiant; & vice verſa, ſi uxor prior decedat, uxoris cognati non modo defunctæ, ſed etiam mariti bona nanſciſcantur. Conferat *Iob. Del. Caſtill. c.* 18. *n.*16. *Mynſ. Cent.*1. *Obſ.* 8. *Carpz. p. 3. C.* 2. *def.* 11. *C.* 7. *def.* 21. *Magnif. Dn. Struv. Ex.* 32. *th.* 44. *ibique alleg. Peck de Teſtam. Conjug. l.* 1. *c.* 43. *Magnif. Dn. Lynckerus Analect. ad Ex.* 32. *th.* 44. Jam vero, ſi hoc certum eſt quod propter Rationes & auctoritatem tantorum JCtorum eſt certiſſimum; utique non reprehendendus & de dolo malo accuſandus eſt ille maritus, qui blanditie verborum, & conjugalis amoris promptitudine animum uxoris ita demulcet, ut quam facillime in ejusmodi teſtamentum Reciprocum conſentiat (nam hoc inter captatorias voluntates non refertur *Gail.* 2. *Obſ.* 117. *Carpz. p.* 3. *C.* 5. *def.* 7. *Magnif. Dn. Müller Jprud. Elem. Diſp.* 24. *Corol.* 1.) quod factu in tantum eſt facilius, quantum prætextus & cauſa impulſiva eſt ſpecioſior, quippe, cum alterius-utrius Conjugis ſperatum lucrum ſeſe fundet in alterius vita, quam uterque conjugum quibuscunque modis & oblectationibus alteri prorogare nititur. Hinc, ſi prius uxor decedit, maritus licite teſtamentum revocare poteſt; ſin autem ipſe; ſuccedent ejus heredes & cognati. Neque eſt, quod de fraudatione aliquid objici poſſit. Cum illud *Caſtrenſis* apud *Caſtill. n.* 31. ſtatim reponatur: *Qui ſibi non proſpexit, ſeipſum circumvenit.* Cæterum *Carpzov.* quoque vult, ut maritus ſuo teſtamento mulierem ſubſcribere curet; quo caſu proſpiceretur marito de mulieris inconſtantia *d. Conſt. & def.*

IV. Species.

Atque, quantum praxis poſſit & valeat in jure Civili, paucis, ſed ſatis demonſtratum eſſe puto. In Jure Feudali ſolertiæ quoque & aſtui locum eſſe, jam ex materia ſucceſſionis feudalis clarum erit. Scilicet, ſecundum jus feudale filius in bonis allodialibus exhæredatus, nihi-

lominus ſuccedere poteſt in Feudalibus. Jam vero, cum non raro accidat, ut parentes ſine cauſa liberos exhæredent *pr. Inſt. de Inoff. Teſtam.* Vel jure non poſſint, maxime cum velint, ideo non in commode quæritur: An non aliqua via excogitari poſſit, qua mediante filius iſte effectum aliqualis exhæredationis nihilominus ſentiat? Et nihilo expeditius eſt, quam, ut bona feudalia conſenſu requiſito vendantur, & pecunia inde redacta, tanquam allodiale, cæteris liberis feudi incapacibus, vel perſonis extraneis, in quas feudum devolvi non poteſt, relinquatur, retenta filio ſola Legitima. Exemplum hujus praxeos refert *Excell. Dn. Chriſt. Hier.* Mühlpfort *Cautel. Feud.* 1. Ubi nobilis quidam dives filium ſuum, eo, quod ab Auguſt. Confeſſione ad Romano-Catholicam Religionem diverterat, exhæredare valde cupiebat. Cum autem hæc cauſa propter *Pacif. Oſnabr. Art.* minus ſufficeret, & bona ipſius feudalia eſſent; maxima hinc oriebatur difficultas. Verum hoc conſilio tandem ſuggeſto, prædictus iſte nobilis conſenſu impetrato, (*qui facilius obtineri poteſt, ſi pecuniam in aliud feudum ſe converſurum promittat diſtracturus*) alienabat feudum, ſede ſolum ad tempus vitæ in iſto ſibi reſervata, pecuniam vero per diſpoſitionem ſuam inter filias dividebat; quo facto filius, cui alias ſoli tota hæreditas feudalis debebatur, non ſolum cum ſororibus ſuis concurrebat, ſed etiam porro tertiam ſaltem partem ejus portionis in qua concurrebat, accipiebat.

V. Species.

In Jure Saxon. Elect. ſpecialiter diſpoſitum eſt, ut uxor Geradam ſuam marito neque mortis cauſa, nec inter vivos donare poſſit, adeo, ut nec ipſa morte donatio convalidetur, aut cognatæ donationem factam ſervare teneantur. *Carpzov. ad Conſt.* 14. *Parte* 2. *def.* 4. *Berlich. p.* 2. *Concluſ.* 15. *n.* 29. Fit autem interdum, ut vel uxor cognatæ ſuæ Geradam relinquere nolit, vel marito ſuo ex amore

plus,

Digitized by Google

plus, quam bene velit, neque tamen benevolentiæ ſuæ exitum per expreſſam hancce diſpoſitionem impetrare poſſit. Quomodo ergo praxis inſtituenda, vt voluntas ejusmodi promoveatur? Et, cum Juris ſit, uxorem curatoris conſenſu accedente, marito Geradam poſſe vendere, ſibique ad tempus vitæ uſumfructum reſervare. *Carpzov. d. l.* Sequitur hinc omnino, quod uxor hoc venditionis remedio interveniente, intento fine potiri, & pretium emptionis marito vel legare, vel etiam mortis cauſa donare posſit. Quod procedere teſtatur *Carpzov. d. l.* It. *Magnif. Dn. Struv. Jprud. Rom. Germ. tit.* 10. *aph. fin. Synt. J. Civ. Ex.* 30. *th.* 31. *Dn. Richt. de Succeſſ. ab Inteſt. Sect.* 4. *Memb.* 2. *n.* 25. *Berlich. p.* 3. *Concl.* 29. *n.* 99. qui etiam ex *Colero* refert: *ſæpiſſime ſic judicatum eſſe.*

VI. Species.

Cum in *th.* 4. *Cap.* 1. dixerim: vulgus vocem Partitenmacher in mala ſignificatione interdum adverſus Advocatos evomere, quandoque etiam in re, quæ manifeſta Legum diſpoſitione & ipſa æquitate naturali nititur; placet jam adjicere exemplum, quod, licet per ſe juſtum ſit, nemini tamen e vulgo ad palatum eſſe vult, & poteſt; cum ſemper *injuſtum Jus* ſub hocce allegato Jure latere exiſtimetur. Putat autem vulgus, quando in oppignoratione rei immobilis ſeu fundi alicujus admodum fructuoſi pactum adjicitur, ut, *donec pecunia credita ſolvatur, creditor pignore utatur, fruatur, in vicem uſurarum*, omnia bene, recteque acta eſſe. At vero, cum, reluente debitore rem oppignoratam, creditor videt, illum quoque id, quod legitimum uſurarum modum ſuperavit, ſorti imputare, ut ita minus ſolvatur, quam ab initio datum erat: Tunc inquam, querela de inofficioſo Jure inſtituitur, & quod modo bene geſtum erat, jam ad orcum, tanquam fontem injuſtitiæ, relegatur. Cum ab ipſis (creditoribus) tamen reputari debeat; *neminem cum alterius damno fieri debere locupletiorem*: & eam

eam eſſe conditionem uſurarum, quæ cum charitate, Chriſtianis admodum commendata, in theſi non concordet. Quanquam *Dn. Richt. de jure & Privil. Creditor. c. 7. n. 2.* eas neque *Jure Divino, neque Naturali neque Gent. neque Canon. neque Civili &c.* prohibitas, ſed licitas eſſe affirmet. Cæterum, quid alias in Antichreſi obtineat vid. *d. c. 7. n.* 12. 13. *Dn. Struv. Jpr. lib. 2. tit.* 35. *aph.* 10. *Carpzov. Aſyl. Debitor. C.* 1. *Poſ.* 13. *n.* 95. *ſeqq.* Ubi etiam non obſtante illius Exceptionis expreſſa renunciatione: *ne fructus computentur in ſortem*, nihilominus pronunciatum legitur: So ſeyd Ihr ſolcher Exception euch nochmahls zu gebrauchen, wohl befugt, und wird demnach was an Getreydig über die gewöhnliche und in Rechten zugelaſſene Zinſen der Creditor zu viel empfangen, vom Capital billig abgekürtzet. V. R. W.

VII. Species.

Atque ex hac præcedente facti ſpecie aliud πόρισμα ſua ſponte emergit; in caſu ſcil. ubi quis difficulter, vel plane non contracturus, admodum facile ad credendam pecuniam invitari poteſt, nempe ſi pinguis aliqua Antichreſis Creditori offeratur, cum adjectione: *fructus, legitimum uſurarum modum excedentes, in ſortem non collatum iri.* Qua Antichreſi accepta, nihilominus debitori jus ſuum manet integrum, ut aliquando fructus legitimas uſuras ſuperantes, in ſortem imputare poſſit, per *d. l. Carpzov. Cap.* 1. *Poſ.* 13. Verum, cum nunquam elegatius trudatur fallacia, quam cum eadem fallacia paratur, & ſolertiæ, a ſolertia rurſus metuendum ſit; hinc iterum aliquid in receſſu eſt, quod Antichreſin ſpecioſe pingvem, offerenti reponi poſſit. Scilicet, ſolet interdum pecuniam mutuaturus ingens aliquod emolumentum capere eo ipſo, quo pecuniam accipit, ita, ut pignus valde fructiferum libenter velit & poſſit conſtituere. Hinc poſtulare poteſt creditor, ut rem pignori deſtinatam ſibi vendat cum pacto retrovenditionis (quo modo fructus, aliæque obventiones

nes

Digitized by Google

nes lucro emptoris omnino cedunt) vel, ut pacto Antichretico clauſulam inſerat: quod omnes fructus pignoris ob pecuniam gratuito & ſine uſuris ex affectione datam, remunerationis gratia, & ex liberalitate creditori donatos & collatos eſſe velit. Qua ratione fit, ut ars intentata deludatur arte. Ob rationem, quia hac clauſula liberatur contractus a ſuſpicione uſurariæ pravitatis, ideo, quod hæc ſine dolo eſſe non poſſit, nemo autem videatur fraudare eum qui ſcit & conſentit. *l. 151. de R. J.*

VIII. Species.

Etiam hic Aſtus licitus non omittendus eſt, quo non tam caute quam utiliter uti poſſunt Advocati in productione teſtium, e quorum effatis victoria & clades cauſæ pendet. *Poterit enim Defenſor ante eorum productionem ſolus cum illis loqui ita, ut, quod unusquisque deponit, prius perpendat, utilene fuerit ſua cauſa necne? Et, ſi audiverit, eos eſſe in ſermone ſingulares, non producat niſi unicum teſtem, & tunc unus teſtis facit ſemiplenam probationem, & poterit deferri juramentum ſuppletorium, quod non poſſet fieri, ſi eſſent plures teſtes, ſed ſingulares.* Uti ex *Georg. Schulz. Synopſ. Iud.* tradit *Magniſ. Dn. Struv. Jprud. Rom. Germ. l. 4. tit. 11. aph. 20.*

IX. Species.

Accidit quandoque, ut, quod alicui vel ex conventione, v. gr. *Locationis Conductionis Depoſ. Mut. &c.* Vel ex delicto debetur, admodum difficulter ob certas circumſtantias obtineri poſſit. Hinc tuto datur vel promittitur pro re nata certa pecuniæ quantitas ei, qui rem poſſidet, vel debet, ut reſtituat facilius. Sed re reſtituta, quia ex turpi cauſa pecuniam accepit, habet is, qui dedit, *Condictionem ob turpem vel injuſtam cauſam*, qua id repetitur, *quod propter factum reſpectu ſolius accipientis turpe datum,*

tum; aut promiſſum eſt, licet factum præſtitum, ſeu cauſa ſecuta fuerit. l. 6. C. de cond. ob Turp. Cauſ. vid. *Magnif. Dn. Struv. Syntag. Jur. Civil. Exerc. 18. th. 19. Lauterb. ad lib. 12. tit. 5. ff.*

X. Species.

Addendum quoque, quod aliquando feliciter practicatum memini: Debebat quidam alicui certam pecuniæ ſummam, quæ ob moroſam debitoris duritiem difficulter obtineri poterat. Hinc creditor ſchedulam ſaltem loco cautionis alicujus (ſed forma erat cambii) ſibi dari poſtulabat, qua imprudens debitor fatebatur: *ſe debitam pecuniæ quantitatem proximis nundinis Lipſ. ſoluturum eſſe.* Inſtante poſtea definito tempore creditor ſolutionem poſtulabat, quam debitor Exceptiones quasdam proponendo, primo denegare volebat. Verum demonſtrato ipſi Jure Cambii non ſolum ſolvere paratus erat, verum etiam ut acceptaretur ſolutio, anxie efflagitabat, ad evitandam ſcil. paratiſſimam executionem vel arreſtum præſens. De parata autem executione cambii *vid. Dn. Stryck. Caut. Contract. Sect. 3. c. 5. §. 22. 25.* Prælatione *Richt. Priv. Cred. Concurr. c. 2. M. 1. n. 41. Dn. Struv. S. J. C. Ex. 25. th. 44. 45.* Et *Deciſ. Sabb. 31. c. 13. Berlich. P. 1. Concl. 64. n. 14.* quanquam ab hoc ut & *Marquardo* diſſentiat & præjudicio confirmet *laud. Stryck. d. c. §. 20.*

Coronis.

Denique adjicio Aſtus alicujus ſpeciem, quæ licet expediti juris haud ſit, non tamen injucundum erit de illa exercendi gratia diſpicere. Erat in urbe quadam Italiæ dives quidam mercator, qui, neſcio quamobrem, certo cuidam Monachorum ordini nimium quantum favebat, adeo, ut etiam iſtorum Monachorum Ordini per teſtamen-

Digitized by Google

mentum relinqueret totam hæreditatis maſſam, ita tamen ut de illa filio ſuo unico ſi iſtorum ordini ſeſe addicere nollet, *tantum darent, quantum ipſi vellent.* Moritur teſtator, relinquit centum mille thalerorum. Quid igitur? Filius iſti Monachorum Ordini ſeſe aggregare recuſat, cui proinde iſti Monachi decem mille offerunt. Filius autem hæc reſpuit. Defertur res ad loci Principem, qui litem dirimit: adjudicando Monachis iſta decem millia; filio autem omne reliquum; ob rationem, quia hoc modo filio daretur tantum *quantum ipſi voluerint.* An Aſtus hicce licitus? Dicam in conflictu.

Concluſio.

ATque hæc ſunt, quæ Legum Civil. candorem genuinum, itemque varios civilis vitæ aſtus, quibus ſimplicitatem eludi, glorioſiſſimum putatur, paulo altius penſitanti mihi obvenerunt. Reſtarent quidem plura, & meliora, ſed forte quoque ingenio ſimplici majora, vel indigna. Quæ, dum excluſus tempore, omitto, & vice disquiſitionis aliqualis hanc delineationem ſatis eſſe duco; hoc unum e proœmio me revocare patiatur benev. Lector: *non omne, quod licet, honeſtum eſſe*, & videndum, ne *quod in hac vita ad gloriam* (& divitias) *in futura ædificet ad gehennam.* Uti cum aliis Dd. loqui amat. *Brunnem. Proceſſ. Inquiſ. c. 8. m. 1. n. 57.*

FINIS.

Digitized by Google

PARERGA.

I.

Fraudes & fallacias etiam in bona cauſa contra adverſarium adhibere illicitum eſt.

II.

Lex 7. §. 7. de Acqu. Rer. D. fin. ubi dicitur: *frumentum ejus eſſe, cujus & ſpicæ fuerunt*, non pugnat cum §. 25. Inſtit. de R. D. ubi hoc negatur.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google